

Embriones supernumerarios en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿Qué hacer con ellos? Análisis jurídico y ético de las opciones legales en España*

Prof. Dra. Carolina Pereira Sáez

Profesora Ayudante Doctora, Área de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de A Coruña (La Coruña, España)

Prof. Dr. Óscar Vergara Lacalle

Profesor Contratado Doctor, Área de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de A Coruña (La Coruña, España)

Sumario / Summary: 1. Introducción. 2. Análisis jurídico. 2.1 Investigación. 2.2. Donación para la reproducción. 2.3. Cese en la conservación. 3. Argumentos éticos en torno al destino de los embriones crioconservados. 4. La presunta base científica de la noción de "preembrión". 5. Conclusiones.

Resumen / Abstract: La FIV puede llevar aparejada la acumulación de embriones humanos excedentes. Aunque la ley prevé varios posibles destinos, las

* Artículo recibido el 29 de julio de 2015 y aceptado para su publicación el 18 de enero de 2016.

Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación "El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación" (DER2014-52811-P), dirigido por José Antonio Seoane y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

clínicas de reproducción asistida, que con frecuencia han de decidir qué hacer con ellos, buscan criterios para hacerlo de la forma más razonable posible. Este trabajo pretende aportar razones jurídicas y éticas que ayuden a esa decisión.

IVF may entail the accumulation of surplus human embryos. Although Spanish law provides several possible destinations, assisted reproduction clinics, that often have to decide what to do with them, look for criteria to help them to make their decisions as reasonably as possible. The aim of this paper is to provide legal and ethical reasons to help them to decide.

Palabras clave / Keywords:

Embrión humano / Crioconservación / Dignidad humana / Fecundación in vitro / Consecuencialismo.

Human embryo / Cryopreservation / Human dignity / In vitro fecundation / Consequentialism.

1. Introducción

Para favorecer la tasa de éxito de la fecundación *in vitro* ha sido usual generar más embriones de los que se pueden implantar y almacenarlos en los centros de reproducción asistida. La FIV no requiere la generación excesiva de embriones, que es sólo un medio para aumentar su eficacia —y no siempre permitido: en nuestro entorno hay legislaciones que prohíben generar más embriones de los que se pueden implantar inmediatamente. La vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) no establece límite alguno, con lo que el problema se plantea con fuerza. Este trabajo trata de ofrecer razones jurídicas y éticas que ayuden a decidir qué hacer con ellos.

Dicha ley prevé cuatro posibles destinos para los embriones congelados, que analizaremos bajo parámetros jurídicos más amplios¹ y criterios éticos². Como se trata de responder a una situación práctica —qué hacer con los embriones congelados— no se va a entrar en la cuestión del estatuto ético y jurídico del embrión³, aunque inevitablemente la respuesta que se dé

¹ La justicia es una virtud relativa al bien ajeno (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 1, 1130a5-7).

² Todo lo justo es ético, aunque la justicia no sea la única virtud ética. Empleamos moral y ética como sinónimos.

³ En particular, del embrión de menos de 14 días, que es el tiempo que transcurre de la fecundación natural a la implantación.

depende, en parte, de cómo se conciba⁴.

Para un jurista que se plantea esta cuestión son de referencia dos conocidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no tanto por la eficacia jurídica del pronunciamiento⁵ como por su claridad. En el caso *Brüstle*⁶ el TJUE estableció que la patentabilidad del embrión humano es contraria a la dignidad humana y que existe embrión desde la fecundación⁷; aclaró después que la protección que el Derecho otorga al embrión se justifica en su capacidad intrínseca de desarrollo en cuanto ser humano, que lo define⁸. Pues bien, a la vista de estos pronunciamientos y en cuanto parecen apoyarse en los conocimientos biológicos y embriológicos actuales, se propondrán criterios éticos y jurídicos para decidir entre los posibles destinos para los embriones crioconservados.

La ley española prevé cuatro posibilidades⁹: a) utilización por la propia mujer o su cónyuge, b) donación con fines reproductivos, c) donación para la investigación, d) cese de su conservación sin otra utilización. La finalidad

⁴ Sobre el estatuto del embrión humano puede verse, entre otros muchos, DYSON, A. / HARRIS, J. (Eds.), *Experiments on Embryos*, Routledge, Londres, Reino Unido, 1991; MCCORMICK, R. A., "Who or What is a Preembryo", *Kennedy Institute Ethics Journal* 1 (1991), pp. 1-15; WOLPERT, L., *The Triumph of the Embryo*, Oxford, O. U.P., 1993; EVANS, D. / PICKERING, N. (Eds.), *Conceiving the Embryo: Ethics, Law, and Practice in Human Embryology*, La Haya, Kluwer Law International, 1996; MULKAY, M., *The Embryo Research Debate. Science and the Politics of Reproduction*, Cambridge, C.U.P., 1997; GREEN, R. M., *The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy*, O. U. P., Nueva York, Estados Unidos de América, 2001; GEORGE, R. / TOLLEFSEN, C., *Embrión. Una defensa de la vida humana* (trad. de J. Novo), Madrid, Rialp, 2012; BALLESTEROS, J. (Coord.), *La humanidad in vitro*, Granada, Comares, 2002, y DE MIGUEL BERRIAIN, I., *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, España, 2004.

⁵ En sentido jurídico estricto la eficacia de dicha sentencia es limitada, pero más allá de esos límites viene ejerciendo una eficacia de *soft law* indiscutible: cfr., entre otros, CARAPEZZA, G., "Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación, según valores, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Boliviana de Derecho* 17/2014, pp. 296-315, p. 305. Por eso en este trabajo se tiene en cuenta como caso de razonamiento práctico relevante más que como fuente del derecho español en la cuestión particular que nos ocupa. Esta es la perspectiva desde la que se acude a sentencias para la exposición de los argumentos éticos más relevantes en el apartado 3 de este trabajo.

⁶ Cfr. un análisis en LACADENA, J. R., "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y la dignidad del embrión humano", *Revista Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 35, 2011, pp. 145-180.

⁷ Asunto C-34/10, de 18 de octubre de 2011.

⁸ STJUE 2014\402 (18.12.2014) aptdos. 25, 26, 27, 28 y 30.

⁹ Ley 14/2006, art. 11.4

de la FIV es la reproducción, por eso el destino primero es la implantación en el útero de la progenitora y los embriones han de ser conservados hasta que ésta deje de reunir los requisitos clínicos para la práctica de la técnica. Pero la ley, apoyada en criterios de utilidad, permite otros fines que entiende beneficiosos —donación para la reproducción o la investigación— antes de que termine ese plazo.

En principio, la decisión sobre el destino de los embriones corresponde a sus progenitores, que han de pronunciarse sobre este aspecto en el consentimiento informado que firman y que deben renovar, pudiendo modificarlo, al menos cada dos años. Si omiten esta obligación durante dos períodos consecutivos, los embriones quedan a disposición de los centros. Pero, sean los progenitores, sean los centros los que deciden, ¿son todas las alternativas jurídica¹⁰ y éticamente válidas?

2. Análisis jurídico

2.1. Investigación¹¹

Es habitual justificar en términos utilitaristas este tipo de investigación y reconocer a la vez que no estamos ante un *material* de investigación cualquiera¹². Por eso, aunque la investigación con fines terapéuticos en favor del propio embrión no plantea problemas (no distintos de los que pueda plantear esa práctica sobre otro sujeto humano), sí lo hace la que utiliza al embrión como *objeto*¹³, en favor de terceras personas: la investigación

¹⁰ Salvo para el positivismo legalista, ley y Derecho no son equivalentes.

¹¹ La investigación con líneas celulares de origen embrionario se regula en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. Cfr. un análisis legislativo en ROMEO CASABONA, C.M., "La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa", *Revista Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 24, 2006, pp. 75-125, pp. 85-87; ROMEO CASABONA, C.M., "Ley de Investigación Biomédica: un nuevo y completo mapa para la investigación científica en biomedicina", *Medicina Clínica* 132-16, 2009, pp. 633-637.

¹² Cfr., v. g., Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, Exposición de Motivos.

¹³ Para VIDAL MARTÍNEZ la misma FIV, en cuanto técnica que permite la fecundación humana extracorpórea, conlleva la producción de embriones humanos manipulables, que pasan de sujetos a objetos, producidos por la técnica (cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J., "Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH 2010/56 de 1 de abril, caso S. H. y otros contra Austria, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", *Revista Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 34, 2011, pp. 155-201 y p. 165).

que descongela y *reanima* al embrión para continúe su desarrollo hasta alcanzar el número de células idóneo¹⁴ y lo destruye entonces¹⁵ para extraer dichas células. Esta investigación manipula al embrión con el fin de lograr su idoneidad como objeto de investigación, operación que se aproxima mucho a la simple y pura constitución de embriones para la investigación, prohibida expresamente¹⁶; pone, pues, al embrión vivo al servicio de intereses —inciertos y no actuales, sino futuros— ajenos; de ahí sus inconvenientes jurídicos y éticos.

La derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su redacción original, no se mostraba sensible a este problema. En primer lugar, no establecía ningún límite legal taxativo referente al número de ovocitos fecundados ni al número de los transferidos a cada mujer por ciclo. En segundo lugar no quedaba claro el destino de los embriones sobrantes, ya que sólo se obligaba a conservarlos durante 5 años, sin que quedara determinado su posterior destino. Y, en tercer lugar, autorizaba la investigación con embriones, con fines no diagnósticos, si se trata de embriones no viables. Esta regulación armonizaba con la también derogada Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, la cual establecía la posibilidad de donar embriones y fetos muertos o no viables con fines, entre otros, de investigación. Ambas leyes fueron recurridas, a través de sendos recursos de inconstitucionalidad, al Tribunal Constitucional (TC). La primera dio lugar a la STC 116/1999, de 17 de junio, y la segunda, a la STC 212/1996, de 19 de diciembre, en ambos casos confirmando en lo sustancial la constitucionalidad de ambas leyes.

Lo cierto es que la protección del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español ha ido menguando a lo largo de los años. La primera vuelta de tuerca se efectuó a través de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, por la que

¹⁴ El embrión ha de desarrollarse desde los 1-3 días, edad en que se suelen congelar, hasta los 9-12 días: cfr. LÓPEZ MORATALLA, N., "Destino de los embriones crioconservados e investigación biomédica", *El destino de los embriones congelados*, GARCÍA GÓMEZ, A. (Coord.), Fundación Universitaria Española, Madrid, España, 2003, pp. 81-96, p. 88. A nuestro juicio la investigación que utiliza células embrionarias obtenidas de la descongelación sin que haya tenido lugar la reanimación no plantea inconvenientes éticos.

¹⁵ Es esta destrucción lo que determina la valoración ética de la práctica: cfr., entre otros muchos, LACADENA, J. R., "Clonación terapéutica humana en el horizonte científico", *Investigación con células troncales*, ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), Monografías Humanitas, Núm. 4, 2004, pp. 43-54.

¹⁶ Ley 14/2007, art. 33.1.

se destipificó en tres supuestos el delito de aborto¹⁷: cuando el embarazo entraña “grave peligro” para la madre; cuando el *nasciturus* es fruto de una violación (hasta las 12 semanas) o cuando padece “graves taras” (hasta las 22 semanas). Esta ley orgánica fue, como es sabido, objeto de un recurso de inconstitucionalidad, que dio lugar a la famosa STC 53/1985, de 11 de abril, confirmando la constitucionalidad de la despenalización.

Los recurrentes habían invocado el art. 15 CE, según el cual “todos tienen derecho a la vida” y el art. 14 CE, que proscribía toda clase de discriminación injusta. Sin embargo, el TC desestimó el recurso porque consideró que aunque, en efecto, el art. 15 protege al *nasciturus*, no lo hace a través del derecho a la vida. A juicio del Tribunal, si bien el *nasciturus* es un sujeto humano, carece de personalidad jurídica hasta que nazca con determinadas características. Por ello considera que en el *intra* no puede ser titular de derechos¹⁸. Esto no obsta a su debida protección, pues el Tribunal le reconoce la categoría de “bien jurídico protegido” por el ordenamiento jurídico. Se trata obviamente de una protección menor que la dispensada al nacido, que goza del inalienable derecho a la vida, toda vez que la protección que se dispensa a un bien no es inalienable, sino que puede decaer, como es el caso de los tres supuestos despenalizados.

El TC afirma en esta sentencia que la vida del *nasciturus* es un *continuum* desde la concepción, sin embargo, lo cierto es que hace depender su protección de su grado de desarrollo. Esto determina su «peso» frente a otros bienes en conflicto. Así, salvo en el caso de peligro para la vida de la madre, la vida del *nasciturus* se considera un bien de mayor peso que los otros en juego a *partir de un determinado momento* (12 ó 22 semanas). Es, pues, una protección indirectamente gradual, ya que el desarrollo temporal determina el valor de su vida frente a otros bienes.

La siguiente vuelta de tuerca es efectuada a través de las mencionadas Leyes 35/1988 y 42/1988. Como se ha mencionado arriba, éstas permitían experimentar no sólo sobre embriones muertos, sino también sobre embriones vivos siempre que no fueran viables (esta regulación es aplicable a los fetos muertos y a los no viables). Los respectivos recursos de inconstitucionalidad invocaron nuevamente el art. 15 CE, interpretado

¹⁷ Cfr. art. 417 bis CP.

¹⁸ En aquel momento la personalidad jurídica la alcanzaba quien naciera con figura humana y pasara 24 horas totalmente desprendido del seno materno (cfr. CC., arts. 29 y 30 en su redacción anterior a la modificación de 2011).

por el TC como garantía de protección del *nasciturus*, en conexión con el art. 10 CE, relativo a la dignidad humana, que excluye la reducción del ser humano a la condición de objeto de experimentación. El TC interpretó, en cambio, que dichas leyes eran constitucionales en las mencionadas SSTC 212/1996 y 116/1999¹⁹. A juicio del alto Tribunal, la STC 53/1985 obliga a proteger al *nasciturus* en la medida en que ha de alcanzar la condición jurídica de persona. *A contrario*, un embrión no viable, que por definición no va a nacer, no puede aspirar a la misma protección. Se desprende de esta argumentación que la vida humana en sí misma no merece protección; la merece la condición jurídica de persona, que se alcanza después del nacimiento. La vida prenatal se protege sólo en la medida en que sea un paso necesario para esa condición. Así pues, aunque la STC 53/85 hacía depender del nacimiento la *titularidad del derecho a la vida* pero no la protección de la vida prenatal —precisamente desarrolla el argumento del bien jurídico protegido para amparar la vida no nacida con independencia de su viabilidad—, las sentencias posteriores, al añadir el requisito de la viabilidad, niegan la protección de la vida humana en cuanto tal.

Se ha criticado la ambigüedad del concepto de “viabilidad” aplicado a los embriones²⁰. En efecto, la STC 212/1996, a la que se remite la STC 116/1999 considera “inviabile” (FJ 5) al embrión o feto que es “incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una ‘persona’”. Son, añade el TC, “por definición embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados”. Sin embargo, en relación con los embriones constituidos *in vitro*, no queda claro si esta incapacidad lo es por razones objetivas e intrínsecas —no hay expectativas de cumplir con los objetivos de las TRHA— o extrínsecas —carentes de la oportunidad circunstancial de ser implantados.

A pesar de que en lo sustancial el TC desestimara el recurso de inconstitucionalidad frente a la derogada Ley 35/1988, de TRHA, en 2003 el legislador, con otro criterio, decidió reformarla en un sentido más favorable

¹⁹ Un estudio de esta jurisprudencia en VIDAL MARTÍNEZ, J., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n.º 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 12, 2000, pp. 113-137; OLLERO, A., *Entre la vida y la muerte*, THOMSON-ARANZADI, Cizur Menor, España, 2006, pp. 75-106.

²⁰ Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J., “Comentario...”, *cit.*, pp. 120-121.

a la protección de los embriones²¹. Esto se hizo a través de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Como primera medida limitó a tres el número máximo de ovocitos que podían ser fecundados y transferidos a la mujer en el mismo ciclo. Asimismo se obligaba a las parejas a firmar un "compromiso de responsabilidad" sobre sus preembriones supernumerarios, los cuales era preceptivo que se mantuvieran crioconservados por un plazo máximo equivalente a la vida fértil de la mujer, con el objeto de que pudieran ser eventualmente transferidos en intentos posteriores. En caso de no ser así, el único destino que la ley determinaba era la donación con fines reproductivos. La investigación con embriones vivos quedaba prohibida; incluso dentro del régimen transitorio establecido para los embriones congelados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. La investigación, en relación a estos últimos, sólo era posible sobre las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la descongelación, sin que en ningún caso fuera lícito proceder a su reanimación (DF 1).

La vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, de TRHA, no sólo echa por tierra esta reforma, sino que da la última vuelta de tuerca a la comprometida situación de los embriones, permitiendo la experimentación, en determinadas circunstancias, con todo embrión constituido *in vitro*, ya sea biológicamente viable o no. Lo hace a través de la noción de "preembrión". Según esta ley tiene la condición de tal todo embrión constituido *in vitro* hasta el día 14. A su vez define "embrión" como el embrión *in utero* hasta el día 56²². Discrimina, así, entre embriones en función de su localización —no sólo accidental sino decidida por otro— y con independencia de su viabilidad biológica, legalizando la investigación sobre todo embrión crioconservado.

Sin embargo, el cambio de denominación no resuelve el problema. Porque si el concepto de viabilidad se interpreta en sentido objetivo, no hay justificación para excluir de la protección constitucional al preembrión, el cual puede ser perfectamente viable aunque por circunstancias extrínsecas no sea implantado. Sería precisa una justificación expresa, clara y sólidamente motivada para optar por una interpretación menos favorable a la efectividad del deber de proteger al *nasciturus* en el sentido de la STC 53/1985. No es

²¹ En general, sobre los avatares de la regulación jurídica de la investigación sobre embriones, puede verse VIDAL MARTÍNEZ, J., "Biomedical research with human embryos: changes in the legislation on assisted reproduction in Spain", *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 25, 2006, pp. 161-182.

²² Cfr. Ley 14/2006, art. 1.2 y Ley 14/2007, art. 3.

algo que realicen las SSTC 212/1996 y 116/1999²³. Lo único que hay es una decisión de rango legal, más voluntarista que sólidamente fundamentada, de denominar preembrión a todo embrión constituido *in vitro* hasta el día señalado. Biológicamente tampoco parece haber base suficiente²⁴.

Es difícil de justificar que un embrión —que el TC ha reconocido como vida humana en la STC 53/1985— pueda ser reducido a mero objeto de investigación. Según esta sentencia se trata de un bien jurídico que debe ser protegido. Las SSTC 212/1996 y 116/1999 excluyen muy discutiblemente de esta protección a los embriones y fetos no viables. No hay razón para reducir todavía más esta protección y excluir de ella a todo embrión constituido *in vitro*. Esto significa que, al menos para los embriones biológicamente viables, debería ser válida la doctrina establecida por la STC 53/1985. Según ésta, la protección sólo decae cuando la vida del *nasciturus* "entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer"²⁵. Sin embargo, no parece que el desarrollo de la ciencia sea un bien de entidad equiparable al de la vida y la dignidad de la mujer. Por otra parte, el conflicto entre la vida del embrión y la ciencia no es en modo alguno tan apremiante como el que se plantea entre vida del *nasciturus* y vida o salud y dignidad de la madre. La investigación con embriones no responde a una urgencia vital actual y concreta, y su beneficiario es potencial, futuro e incierto.

En términos generales, hacer a un ser humano objeto de experimentación

²³ No obstante, VIDAL MARTÍNEZ considera que de la STC 116/1999 se desprende un concepto amplio de viabilidad. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J., "Comentario...", *cit.*, p. 120.

²⁴ "Desde el punto de vista biológico, no hay diferencias ontológicas entre embrión y preembrión" (LACADENA, J. R., "Sentencia... *cit.*", p. 165). El término, superfluo (cfr. ROMEO CASABONA, C.M., "La cuestión... *cit.*", p. 87), hoy prácticamente en desuso, fue acuñado por C. Grobstein en junio de 1979 (cfr. "External Human Fertilization", *Scientific American* (June, 1979), 240 (6), pp. 33-43), al tratar los aspectos éticos de la fecundación *in vitro*, aunque el autor sostiene que el concepto es estrictamente biológico y carece de implicaciones éticas (cfr. Science and the Unborn. Choosing Human Futures, New York, Basic Books, 1988, pp. 61-62). En septiembre de 1978 había pedido que se autorizaran y fomentaran estudios *in vitro* de fecundación humana y desarrollo de embriones enteros, aunque no más allá de la fase de implantación: GROBSTEIN, C., "Statement to the Ethics Advisory Board, Transcript of Meeting III, September 15, 1978", *Ethics Advisory Board, Appendix: HWVE Support or research Involving Human In vitro Fertilization and Embryo Transfer*, May 4, 1979, US Government Printing Office, Washington D. C., Estados Unidos de América, 1979 (<http://archive.org/stream/hewsupportofrese02unit#page/n853/mode/1up>, p. 28). El elemento más perfilado del concepto es el temporal (14 días desde la fecundación); los demás, múltiples, lo desdibujan.

²⁵ *Ibid.*, FJ 10. (Cursiva añadida.)

es una operación completamente refractaria a la noción de dignidad humana²⁶, que implica la pretensión de respeto por parte de los demás. La investigación biomédica tiene en la mira el loable fin de promover la salud, pero esto no justifica cualquier medio. Reanimar a un embrión humano para destruirlo y utilizar sus células equivale a instrumentalizarlo, y por tanto es una conducta antijurídica. La protección de intereses generales, por muy estimables que sean, no puede hacerse a cualquier precio, sino sólo respetando lo suyo de cada uno. Los derechos humanos deben constituir un muro infranqueable para la acción política, porque los derechos de todos son los derechos de cada uno. Éste es el sentido del gran número de documentos internacionales que desde mediados del s. xx han venido reconociendo derechos humanos; desde la Declaración Universal de 1948, pasando por el Convenio de Roma de 1950 y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos de 1966, hasta la más reciente Carta Europea de Derechos Humanos de 2000.

En un ámbito material más específico, el Convenio de Oviedo relativo a los derechos y humanos y la biomedicina, de 1997, ratificado por España²⁷ no se sitúa en esta corriente, sino que adolece de cierta ambigüedad. Por un lado declara (art. 2): "El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia" pero, por otro, dispone (art. 18) que la investigación con embriones puede ser autorizada por ley. El propio enunciado revela un cierto carácter antinómico: "Cuando la experimentación con embriones «in vitro» esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión." Hay una cierta antinomia, porque no es fácil conciliar la necesaria protección del embrión con su uso como objeto de experimentación. Como se ha señalado, la legislación española intenta esta conciliación por medio de la prohibición de constituir embriones con fines de experimentación²⁸. Así se establece en el art. 33.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB).

La LIB sintoniza con la vigente LTRHA y establece, sobre la incierta base de la licitud de experimentar con toda clase de embriones sobrantes de las

²⁶ Que el Derecho europeo reconoce al embrión desde la fecundación y la CE considera (art. 10) algo previo. La predica de la "persona", pero no la hace depender de la personalidad jurídica según el CC —aunque sí el TC—. De todas, formas, incluso en la interpretación más restrictiva la dignidad humana alcanzaría al *nasciturus* mediante la protección del art. 15 CE.

²⁷ Por Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999.

²⁸ Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J., "Comentario...", cit., p. 129.

TRHA, una regulación específica. Este tipo de investigación debe respetar los principios éticos y responder a los principios de pertinencia, factibilidad e idoneidad (art. 34.1.a LIB). Los proyectos de investigación con preembriones humanos deben, asimismo, reunir una serie de requisitos (art. 34.2). El organismo nacional encargado de supervisar y controlar este tipo de investigación es, según esta ley, el Instituto Carlos III. A este Instituto están adscritos dos organismos especiales: el Banco Nacional de Líneas Celulares (art. 42 LIB), encargado de aprobar los requisitos para el depósito de las líneas celulares en el Banco y de facilitar su disponibilidad para todo el territorio nacional²⁹, y la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos, que tiene que informar favorablemente sobre cualquier investigación que utilice este tipo de material de origen embrionario (arts. 34 y 35 LIB)³⁰.

No es el objetivo de este trabajo exponer el concreto régimen jurídico de esta clase de investigación, sino cuestionar en bloque su legitimidad jurídica. Al fin y al cabo, si se exigen tantas garantías es precisamente porque existe la conciencia de que no estamos ante un *material* de investigación cualquiera. La propia Exposición de Motivos de la LIB lo reconoce, a despecho de su justificación utilitarista: "[...] la investigación con gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa." Y, a continuación, añade: "Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano". De las anteriores consideraciones se desprende que tal equilibrio no se ha alcanzado, en perjuicio del embrión.

2.2. Donación para la reproducción

Este destino respeta la finalidad reproductiva de la FIV; sin embargo, su puesta por obra puede conllevar problemas éticos. En primer lugar, es preferible concebir este destino como una adopción, donde prima el interés del embrión, que como una donación, con el riesgo de considerarlo un

²⁹ Cfr. la Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, estableciendo la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares.

³⁰ Cfr. el RD 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación.

medio para la satisfacción de intereses de otros. Además, es preciso vigilar que el proceso excluya en todo momento la comercialización y el lucro. Por otro lado los embriones que se congelan suelen ser los no óptimos biológicamente, y los procesos de congelación/descongelación pueden dañarlos, lo que dificulta que haya mujeres dispuestas a adoptarlos. En cuarto lugar, para valorar la viabilidad del embrión es necesario descongelarlo y reanimarlo, lo que puede dar lugar a una selección eugenésica³¹ —denunciada, entre otros, por HABERMAS—, con todos los inconvenientes éticos y jurídicos que conlleva: se descongelan y reaniman a la vez varios embriones, para seleccionar e implantar sólo el que dé muestras de una mayor vitalidad biológica³²; el resto son simple material de selección.

Por último, es preciso asegurar el consentimiento de los progenitores, entre otras razones por el riesgo de consanguineidad, del que hay que prevenir también a los padres adoptantes. En el caso (frecuente) de que los progenitores se hayan desentendido de sus embriones no parece prudente que el centro donde se han almacenado los ceda *motu proprio* a otra pareja, aunque el art. 11.6 LTRHA lo permite. Ante esta eventualidad, convendría asegurar algún tipo de pronunciamiento expreso de los progenitores en el consentimiento inicial. Sólo si los padres han admitido expresamente este destino como un destino válido podría la clínica, en el caso de que se hayan omitido las sucesivas renovaciones, disponer de ellos en este sentido.

³¹ Las prácticas eugenésicas pueden darse también al seleccionar entre embriones a implantar en la misma progenitora y no sólo cuando en los casos de donación. Sobre el diagnóstico del embrión humano antes de su implantación puede verse VIDAL MARTÍNEZ, J., "Consejo genético en diagnóstico prenatal", *Hacia una nueva medicina: consejo genético*, Romeo CASABONA, C.M. (Ed.), Comares, Granada, España, 2013, pp 93-151 y BELLVER CAPELLA, V., "El consejo genético prenatal: derecho y buenas prácticas", *Hacia una nueva medicina: consejo genético*, cit., pp. 49-91. Sobre la vinculación entre TRA y eugenesia puede verse VIDAL MARTÍNEZ, J., "Acerca de la Sentencia... cit.", p. 190 y bibliografía ahí citada.

³² Habermas plantea el problema ético de la disposición de un ser humano sobre otro, con importantes consecuencias no sólo para la vida embrionaria sino, en general, para las relaciones entre débiles y poderosos (HABERMAS, J. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, España, 2002, *passim* y especialmente pp. 29 y ss.). Es cierto que también la naturaleza selecciona, pero, como explica Habermas, hay una diferencia esencial entre que lo haga la naturaleza y que lo haga una persona, por lo que supone de instrumentalización y de disposición sobre otro. El biólogo francés Jacques Testart, que hizo científicamente posible la concepción del primer "bebé-probeta" en Francia, advierte ahora contra los riesgos de utilizar la FIV con fines eugenésicos (cfr. TESTART, J., *Faire des enfants demain*, Le Seuil, París, Francia, 2014, *passim*) y compara, como Habermas, la eugenesia autoritaria nazi con la actual, privada y democrática. Se han pronunciado también sobre esto Jonas, Kollek o Spaemann.

En definitiva, excluida la investigación por las razones ya indicadas, las clínicas sólo tienen dos opciones: donar a otros progenitores en las condiciones expuestas o cesar en su conservación, si es que esta última es una opción legítima.

2.3. Cese en la conservación

La descongelación de los embriones sin otra finalidad es, para la ley, la alternativa menos deseable. Como veíamos, el fin que justifica la FIV es la reproducción y se prohíbe constituir embriones para la investigación; si se admite este destino —de modo inconstitucional, a nuestro juicio— es sólo como un modo presuntamente útil de dar salida a los embriones excedentes. Por eso se exige para el cese en su conservación esperar a que la progenitora *no reúna las condiciones clínicas para la implantación del embrión* y, además, que no se haya optado por ninguna opción alternativa. Pues bien, para analizar este requisito conviene distinguir dos supuestos.

a) Son los padres quienes deciden el cese en la conservación.— Aunque la vigente LTRHA no obliga a —sólo permite— conservar los embriones supernumerarios, para cesar en su conservación han de haber dejado de darse las condiciones para la implantación en la progenitora sin que se haya optado por ningún otro destino. En realidad, esta subsidiariedad —que responde al afán del legislador de no *desperdiciar* esos embriones— no parece aplicable a los padres, que pueden optar directamente por el cese en la conservación, pero deben esperar el plazo indicado.

Aquí se plantea la posibilidad de cobrar a los progenitores por este servicio, cuestión que debería preverse expresamente en el consentimiento informado. De otra forma, exigir el pago invocando los gastos en que el centro incurre como consecuencia de un servicio que es funcional a las TRHA puede resultar problemático: puede forzar a los progenitores a donar sus embriones, en contra de sus deseos, a otra pareja o a la ciencia, con los inconvenientes éticos y jurídicos ya expuestos; por otro lado, tras la omisión expresa de una tal cláusula puede latir un cierto cálculo de la clínica, no demasiado compatible con la buena fe, que mira a no perder *clientes*. Por último, la conservación es una obligación legal, por lo que aunque los padres soliciten el cese en la conservación de sus embriones, la clínica no puede hacerlo mientras no haya pasado el plazo.

b) Es la clínica quien decide el cese en la conservación.— Los embriones pasan a su disposición cuando los progenitores no actualizan su consenti-

miento durante dos renovaciones consecutivas. Es aquí donde parece tener su campo la regla de la subsidiariedad; sin embargo, como vimos, las opciones alternativas presentan problemas éticos y jurídicos. Desaconsejada la donación para la investigación, para donarlos a otra pareja haría falta, en particular y en nuestra opinión, que los progenitores hayan consentido expresamente en esta posibilidad. En cuanto al mero cese en su conservación, rige el mismo requisito temporal que en el caso a).

Pero, ¿se puede aconsejar el mero cese en la conservación? Para emitir un juicio hay que tener en cuenta lo siguiente: biológicamente la crioconservación consiste en una ralentización fortísima del proceso natural de degeneración y muerte del embrión, a que está irremisiblemente abocado si no es implantado en un útero. Así pues, la descongelación comporta la eliminación de un medio de evitación de la muerte que, siendo seguro que el embrión no va a ser implantado, carece de un fin que lo justifique. Mantener congelado un embrión *que no va a ser implantado* no se justifica por su propio bien. El cese en la conservación en esta situación es, por tanto, un fin ética y jurídicamente legítimo. La causa de la muerte del embrión, más que la descongelación, es la no reanimación, unida a la carencia de las condiciones imprescindibles para reanudar su ciclo vital³³. Es, en realidad, un caso de mal menor, que no responde a la intención de destruirlo sino al reconocimiento de que no se puede hacer nada razonable para que no se produzca su muerte, que sólo podría evitar la implantación. Esto parece menos desaconsejable que evitar indefinidamente la muerte de un embrión humano que ha sido colocado en tal situación de abocamiento a la nada, y respeta mejor la dignidad humana que la investigación, pues en ningún caso se instrumentaliza al embrión. Por último, resulta preferible a la donación para la reproducción si ésta va precedida de la selección eugenésica.

3. Argumentos éticos en torno al destino de los embriones crioconservados

Se desprende de lo anterior que el legislador español no ha sido especialmente respetuoso con los embriones humanos crioconservados, y permite su uso al servicio de intereses ajenos. Las discrepancias son tales que algunos podrán pensar que las declaraciones de derechos humanos a que nos referíamos antes son meras cortinas de humo que los jueces no siem-

³³ Cfr. LÓPEZ MORATALLA, N., "DESTINO...", *CIT.*, p. 88.

pre contribuyen a garantizar, o dejan, en materias especialmente sensibles, en manos de que cada Estado nacional³⁴.

Pero la ley no basa toda su fuerza moral en su carácter institucional, sino también en su racionalidad, y puede analizarse críticamente, dado que la ética y el Derecho ofrecen razones para una mayor protección de los embriones humanos. Ante el desacuerdo moral, la solución no es la abstención (que equivale a optar por una de las alternativas), sino el debate y la proposición de razones. Así, ¿es verdad que todos estamos comprometidos con el respeto a la dignidad humana y a los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana, como afirma el preámbulo de la Declaración de 1948? ¿También cuando el miembro de la familia humana es «tan pequeño como un punto al final de esta frase» y no sólo no protesta sino que ni siquiera es capaz de sentir? La respuesta, como escribe Habermas, depende del tipo de personas y de sociedades que queramos ser³⁵.

Los estudios biológicos más serios no ofrecen razones para afirmar que los embriones humanos sean simples acúmulos de células, sino que identifican como su característica más relevante su capacidad de desarrollo, autodirigido, como seres humanos. Es difícil encontrar quien sostenga seriamente que el embrión sea simple material biológico que merezca el mismo respeto que una muestra de sangre³⁶. La propia FIV lo pone de manifiesto: sólo implantando un embrión —no cualquier otro conjunto de células— se desarrolla un ser humano. La investigación con embriones los instrumentaliza al servicio de potenciales beneficios para terceros. Esta disposición —manipulación y destrucción— es difícil de justificar ética y jurídicamente,

³⁴ Actitud típica del TEDH respecto del derecho a la vida (art. 8 CEDH), que también se refleja en el Convenio de Oviedo, como veremos.

³⁵ "A medida que el engendramiento y la aplicación de embriones se extienda y normalice en la investigación médica, la percepción cultural de la vida humana prenatal cambiará, consecuencia de lo cual será que el *sensorium* moral para los límites del cálculo coste-beneficio se embotará absolutamente. Ya hoy día sentimos lo obscena que es una praxis objetivadora tal y nos preguntamos si deseamos vivir en una sociedad en la que el precio de la atención narcisista a las propias preferencias sea la insensibilidad respecto de los fundamentos normativos y naturales de la vida" (HABERMAS, J. *El futuro...* cit., p. 34).

³⁶ Prácticamente nadie niega que al embrión humano se le deba un "cierto" respeto o que tenga un "cierto valor moral", por no se sabe en qué queda cuando se entiende compatible con su producción en masa, explotación y destrucción (cfr. v. g., SANDEL, M., "Embryo Ethics — The Moral Logic of Stem-Cell Research", *The New England Journal of Medicine*, Núm. 3, Vol. 351, 2004, pp. 207-209).

tampoco alegando el corto espacio de tiempo de vida restante³⁷. Así pues, la justificación de la *utilización* no puede apoyarse en la evidencia de lo que el embrión es sino, utilizando un razonamiento consecuencialista, en sus posibles resultados. Tal planteamiento arraiga fácilmente en contextos abonados por el cientificismo y la confianza excesiva en las bondades del avance tecnológico, como si no pudiera ser mal utilizado, o como si todos nuestros problemas fueran científicos y técnicos y no necesitasen ser resueltos a través del pensamiento crítico. Sin embargo, la lógica consecuencialista puede llegar a justificar cualquier conducta, porque toda acción humana con sentido busca el bien —sino sería irracional o carente de sentido, más que incorrecta³⁸. Así pues, el consecuencialismo no es el planteamiento adecuado para resolver el problema de los embriones humanos crioconservados; vamos a tratar de argumentarlo ofreciendo argumentos éticos y de *soft law* que muestran sus debilidades internas y externas.

Desde un punto de vista externo al consecuencialismo se puede afirmar que la dignidad humana impide considerar válido el trato a los embriones humanos crioconservados que no respete las exigencias de su condición de miembros de la especie humana, aunque resulte socialmente beneficioso. Esta línea de argumentación se refleja en la jurisprudencia del TJUE a que nos referíamos antes (caso Brüstle), relativo a la interpretación de la Directiva 98/44/CE, que considera no patentables “las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales” (art. 6), dada la necesidad de respetar los derechos humanos y, *en particular, la dignidad humana* (Exposición de Motivos) Pues bien, el Tribunal afirma que la patentabilidad de los embriones humanos —o de productos cuya elaboración exija la previa destrucción de embriones humanos o los utilice como materia prima— es contraria a las exigencias de la dignidad humana, y considera que existe embrión humano desde la fecundación del óvulo (en cuanto tenga, como aclara en la citada sentencia posterior, capacidad intrínseca de desarrollo humano³⁹).

³⁷ Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea (15 de febrero de 2006): la vida y la dignidad humana disfrutan de la misma protección constitucional con independencia de la duración de la existencia física del individuo afectado.

³⁸ Para una sólida crítica al razonamiento ético consecuencialista ver FINNIS, J., *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press, Washington, Estados Unidos de América, 1983, pp. 80-108.

³⁹ STJUE de 18 de diciembre de 2014 (caso *International Stem Cell Corporation vs. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*).

Si la dignidad humana excluye la patentabilidad de embriones humanos o de productos que los utilicen es, podemos entender, porque el embrión es titular de tal dignidad y porque dicha patentabilidad, en cuanto implica un tratamiento cosificador, es contrario a la dignidad. Ni la Directiva ni las sentencias a que nos referimos tratan de la investigación con embriones humanos en general⁴⁰, pero si la razón de la decisión del TJUE es que los embriones humanos son seres humanos con dignidad, habría que ver bien la prohibición de toda actuación que los trate como mero objeto y no se oriente a su beneficio. En definitiva, si existe la obligación de proteger al embrión humano, si tiene tal consideración todo óvulo fecundado en cuanto capacitado para desarrollarse como ser humano y la razón de ello es el respeto a su dignidad, ¿cómo se puede admitir su destrucción o utilización como materia prima, sea cual sea el fin que se persiga? Aunque estas sentencias no tengan eficacia jurídica directa en la materia que nos ocupa, los argumentos jurídicos esgrimidos son relevantes y pueden servir, *ex art. 10.2 CE*, para perfilar la interpretación de nuestros derechos fundamentales.

También el Derecho comparado, en nuestro contexto de progresiva convergencia material en una suerte de *ius commune*, particularmente en el ámbito de los derechos humanos, nos proporciona argumentos de *soft law*. Se puede invocar así la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 88 VerfGE 203 sobre el aborto, que afirma que allí donde hay vida humana hay dignidad humana, y donde hay dignidad humana hay siempre derecho fundamental a la vida⁴¹; o una sentencia reciente del Tribunal de Apelaciones Civil de Uruguay donde, sin apelar directamente a la dignidad, se utilizan sus exigencias como criterio básico de decisión. El Tribunal, sin considerar que el embrión sea titular de derechos, afirma que “tiene un status propio, no idéntico al de las cosas o bienes, y como tal merece respeto. Ello implica que no puede ser voluntariamente destruido, desechado, utilizado para otros fines que no sean el de su propia culminación como

⁴⁰ Por influencia de esta sentencia, por ejemplo, el Programa Marco de Investigación de la UE 2014-2020 no financia proyectos de investigación que impliquen la destrucción de embriones humanos, como pidió en el Informe Borys la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo el 18 de septiembre de 2012. Francia revisó su legislación para pasar a prohibir la investigación con embriones (sobre esto puede verse CORRAL GARCÍA, E., “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 38, 2013, pp. 45-69, pp. 66-68).

⁴¹ Cfr. 88 BVerfGE 203 (1993), 251-252. Es cierto que la ley a la que se refiere la sentencia era de aplicación a partir del día 14 después de la fecundación, pero el razonamiento del Tribunal parece abarcar todo el embarazo (cfr. STPII, R., “¿El embrión como persona? El aporte fundamental del Derecho”, *Cuadernos de Bioética* 2002/1ª, 2ª, 3ª, pp. 39-42, p. 42).

ser humano" y menos aún manipulado ni utilizado en la investigación⁴². El Derecho argentino, por su parte, reconoce a los embriones humanos desde el momento de la concepción el derecho fundamental a la vida con el mismo alcance que a las personas nacidas⁴³. Así, *v. g.*, en una sentencia dictada el 30 de julio de 2014, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza entiende que una obra social no puede ser obligada a cubrir la selección y descarte de embriones puesto que, en cuanto seres humanos, no pueden ser manipulados ni descartados⁴⁴. Por otro lado, hay países europeos cuyos legisladores han tomado más en serio las exigencias de la dignidad humana: Alemania, por ejemplo, no contempla la crioconservación y prohíbe la fecundación *in vitro* con un fin que no sea la implantación en el útero de la progenitora, la fecundación de más óvulos de los que se puedan implantar en un ciclo y la investigación embrionaria⁴⁵. La Constitución suiza exige que la normativa en esta materia asegure la protección de la dignidad humana y establece, en particular, que fuera del cuerpo de la mujer sólo se pueden cultivar aquellos embriones que se puedan implantar inmediatamente⁴⁶. Italia prohíbe la crioconservación y la supresión de embriones, y sólo permite fecundar aquéllos que vayan a ser transferidos de forma inmediata (sólo si la transferencia al útero fuera imposible por una causa grave pueden conservarse hasta la implantación, que deberá realizarse en cuanto sea posible)⁴⁷.

Decíamos antes que el cálculo consecuencialista se ve reforzado por un extendido prejuicio social en favor del progreso científico y técnico que olvida que no siempre es bien dirigido. Esto favorece el embotamiento moral ya que, como señala HABERMAS, quien empieza a instrumentalizar la vida humana emprende un trayecto sin paradas; por eso es necesario un enjuiciamiento normativo del estado de la técnica; de otra forma,

⁴² Sentencia dfa-0004-000574/2013 de 28 de agosto de 2013, del Tribunal de Apelaciones Civil de Uruguay.

⁴³ Cfr. sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina T.S vs. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, *s/ amparo* fallos 324: 5 (2001) y Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación *s/amparo* fallos: 325: 292 (2002). Cfr., también, ZAMBRANO, P. / SACRISTÁN, E., "El valor de la vida... *cit.*", p. 734.

⁴⁴ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, de 30 de julio de 2014 L., E.H. y OT. En J. 221.605/50.235 "L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN *s/ INC*".

⁴⁵ Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990, arts. 1 y 2.

⁴⁶ Cfr. Constitución Suiza de 18 de abril de 1999, art. 119.

⁴⁷ Cfr. Ley italiana sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*, n° 40, de 19 de febrero de 2004, art. 14.

"[...] precedentes no reflexionados y prácticas convertidas imperceptiblemente en costumbre (más o menos como hoy el diagnóstico prenatal) [...] [nos llevarán a] dejar de lado los reparos morales con un encogimiento de hombros y un «demasiado tarde»"⁴⁸.

Esto se produce además con especial intensidad en este ámbito, donde —afirma este autor— la investigación se ha aliado con los intereses de los inversores y las demandas de éxito de los gobiernos nacionales, debido a lo cual "el desarrollo biotécnico despliega una dinámica que amenaza con hacer desaparecer de la esfera pública los procesos detallados de clarificación normativa"⁴⁹.

Por último, es posible hacer una crítica interna. Aun aceptando el enfoque consecuencialista, el hecho es que la investigación con embriones apenas ha cosechado éxitos científicos, a pesar de lo que prometía en 1998. Además, se han desarrollado técnicas alternativas para obtener células de tipo embrionario sin crear ni destruir embriones humanos, de modo que hoy puede decirse que los embriones humanos no son imprescindibles para este tipo de investigación⁵⁰. Por último, existen importantes incertidumbres acerca de las propiedades biológicas de los embriones crioconservados, y probablemente muy pocos de ellos sirvan para las experimentaciones biomédicas⁵¹. Estos datos técnicos refuerzan la argumentación ética en contra de la investigación con embriones humanos, pero secundariamente; su pilar es la dignidad humana.

⁴⁸ HABERMAS, J. *El futuro... cit.*, p. 33.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁰ La revista norteamericana *Inventor's Business Daily*, decía el 12 de enero de 2011: "Después de 5 años en los que se han derrochado el presupuesto de 3.000 millones de dólares destinados a la investigación con células madre embrionarias no ha habido ninguna cura, ninguna terapia y poco progreso. Por eso los inversores abrazan ahora la causa a la que se opusieron en su día (la investigación con células que no suponen la destrucción de embriones)". En esta línea de investigación alternativa trabaja Shinya Yamanaka, médico japonés que recibió el premio Nobel de fisiología y medicina de 2012 junto con John Gurdon, que ya hace años que sugirió con sus colaboradores de la Universidad de Cambridge activar el gen Oct4 en células de tejidos adultos, para rejuvenecerlas. El trabajo de Shinya Yamanaka tiene motivaciones éticas: en una entrevista de 2007 recordaba: "de repente me di cuenta de que entre él [se refiere al embrión humano] y mis hijas había una diferencia tan pequeña. Pensé: no podemos seguir destruyendo embriones para investigar; tiene que haber otro procedimiento".

⁵¹ Sólo un 2,8 % de los embriones conservados resultaría útiles para la investigación biomédica (cfr. HOFFMAN, D. *et alii*, "Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research", *Fertil Steril* mayo 79 (5) (2003), 1063-1069).

4. La presunta base científica de la noción de "preembrión"

Los diversos argumentos que se han aportado en favor de un trato digno a los embriones crioconservados parten de su consideración como seres humanos. Su estatuto ético y jurídico depende, pues, de su estatuto biológico. Por ello no podemos concluir este trabajo sin acudir al estado actual de la ciencia biológica sobre el particular. Es especialmente importante considerar los primeros 14 días del embrión, porque si no hay ninguna diferencia esencial entre el embrión de antes y después de la implantación⁵² sólo se podrá justificar la destrucción de embriones con argumentos utilitaristas, que ya hemos desechado. Pero si existen diferencias esenciales, muchos de los argumentos expuestos en favor de los embriones congelados perderán buena parte de fuerza.

Los argumentos biológicos más frecuentemente utilizados para sostener que el *conceptus* de menos de 14 días es radicalmente distinto del embrión se refieren a la falta de individualidad del preembrión (por posibilidad de gemelación monocigótica y de constitución de quimeras tetragaméticas), a la pérdida precoz de preembriones, a la existencia de dos poblaciones celulares y a la falta de relevancia biológica de la fecundación⁵³.

El primero sostiene que hasta el día 14 el embrión no alcanza una individualidad irreversible porque hasta ese momento la esfera de células puede dividirse para dar lugar a gemelos idénticos o fusionarse con otra esfera de células, dando lugar a la recombinación en un único ser humano individual de los productos de más de una fecundación. Y, al no ser irreversiblemente individual, no sería todavía un ser humano. Sin

⁵² Como vemos, el embrión *in vitro* o congelado se suele equiparar, desde un punto de vista ético, al embrión *in utero* de menos de 14 días, es decir, al embrión *in utero* no implantado. Las legislaciones que admiten la investigación destructora de embriones la limitan a los 14 primeros días de existencia del embrión (cfr., v. g., para Inglaterra la *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990), section 3).

⁵³ Hay más argumentos (la falta de apariencia humana, la falta de entidad propia por dependencia de la madre, etc.) pero aquí consideramos los que entendemos más relevantes de los referidos exclusivamente al embrión menor de 14 días. Sandel, por ejemplo, alega que los embriones humanos no son seres humanos de la misma manera que las bellotas no son robles (cfr. SANDEL, M., "Embryo... *cit.*, *passim*). Sin embargo, en esencia bellotas y robles son lo mismo, en diferente grado de desarrollo. Otro argumento frecuente es el de la totipotencialidad de las células del embrión de pocos días, que afectaría a su individualidad; sin embargo nadie hasta ahora ha demostrado que una célula que no sea un ovocito fecundado haya sido capaz por sí sola de desarrollar un ser humano completo, incluida la línea germinal (cfr. HERRANZ, G., *El embrión ficticio. Historia de un mito biológico*, Palabra, Madrid, España, 2013, cap. VI).

embargo, estas explicaciones de la gemelación monocigótica y de la constitución de quimeras son hipótesis formuladas hace varias décadas, ordenadas y sencillas pero no contrastadas, y no superan las objeciones que pueden plantearse hoy a partir de las observaciones hechas en la práctica de la fecundación *in vitro* (dada, por ejemplo, la estructura asimétrica y polarizada del cigoto). Existe, sin embargo, la hipótesis fundada de que la gemelación y la fusión tengan lugar durante el proceso de la fecundación; así, los gemelos o la quimera existen ya, aunque no se perciban, en el producto de la fecundación⁵⁴.

El argumento de las dos poblaciones celulares alega que el *conceptus* en sus primeros 14 días está constituido por dos poblaciones celulares distintas: una, muy numerosa, que formará las estructuras extraembrionarias y otra, muy reducida, a partir de la cual se formará el cuerpo del embrión. De ahí deduce que no se le debe respeto como ser humano, ya que está formado por células cuyos derivados serán en su mayoría desechados en el parto. Este argumento se apoya en cálculos numéricos hipotéticos pero, aunque fuera exacto, es débil desde el punto de vista jurídico y ético: o el embrión carece de precursores celulares —y los investigadores obtienen células troncales embrionarias a partir de blastocitos humanos— o está en ese conjunto celular, aunque acompañado de células destinadas a desarrollar órganos extraembrionarios.

Según el argumento de la pérdida precoz de embriones la elevada tasa de embriones que fenecen en los días inmediatamente posteriores a la fecundación hace irrazonable considerar que merezcan respeto, dado

⁵⁴ Cfr. otras respuestas en Lee, P., TOLLEFSEN, C., / GEORGE, R.P., "The Ontological Status of Embryos: a Reply to Jason Morris", *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 39, 2014, pp. 483-504. La hipótesis de la gemelación, sencilla y lógica, la completa Corner en 1955, e insiste en que es un modelo teórico muy difícil de corroborar (cfr. CORNER, G. W., "The Observed Embryology of the Human Single-Ovum Twins and Other Multiple Births", *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Vol. 70, 1955, pp. 933-951, p. 934 (*apud* HERRANZ, G., *El embrión...* p. 153); sin embargo, ha sido aceptada de manera indiscutida, como si fuera un hecho probado. En su intervención "Fetal Development" en la Conferencia Internacional sobre el Aborto celebrado en Washington en 1967 (Hotel Hilton, Washington D. C., 5-8 septiembre) Hellegers da por válido este modelo de gemelación y añade la referencia a la fusión para negar la individualidad del embrión de pocos días; esta intervención tuvo grandísimo impacto, dados el prestigio académico y social del autor y la relevancia de la Conferencia. La teoría de la fusión postcigótica carece de contraste y se apoya en la extrapolación de datos de la producción artificial de quimeras en animales de laboratorio, en las que los embriones son sometidos a maniobras mecánicas o bioquímicas de manipulación que no parecen trasladables al desarrollo espontáneo del embrión humano. (cfr. HERRANZ, G., *El embrión...* *cit.*, caps. IV y V).

que la propia naturaleza los trata con tan poco aprecio. Sin embargo —al margen de la dificultad para calcular esa tasa—, del hecho de que mueran muchos espontáneamente no podemos deducir que no merezcan respeto y sea lícito destruirlos⁵⁵.

Por último, se niega el deber de respetar al embrión de pocos días alegando la falta de relevancia biológica de la fecundación. Se entiende en este caso que la fecundación no es el inicio de una nueva vida, sino un eslabón más en un *continuum* en el que no hay cisuras ni separaciones: la vida es un suceso de eventos biológicos sin límites generacionales. Sin embargo hoy la mayoría de los embriólogos insiste en que la fecundación marca el origen de un nuevo individuo, ya que el ovocito y el espermio dejan de existir y aparece un organismo nuevo, con una constitución genética propia y una situación epigenética que lo dispone a desarrollarse como miembro de la especie⁵⁶.

Así pues, ninguno de estos argumentos parece definitivo. En este terreno la constatación por evidencia no siempre es posible, pero las hipótesis que empleemos deben ser rigurosas, capaces de superar argumentos *a contrario*, y no debemos considerarlas como definitivas mientras no estén suficientemente contrastadas. Por último, en caso de duda sería, el comportamiento éticamente correcto es actuar reconociendo la posibilidad más exigente.

5. Conclusiones

El destino prioritario para los embriones supernumerarios —la implantación en el útero materno— no es posible cuando se plantea el dilema de qué hacer con ellos; de las alternativas, la que mejor responde al fin de la FIV es la donación para la reproducción, aunque su práctica suele presentar problemas éticos y jurídicos. La donación para la investigación, aunque legal en España, suscita fuertes reparos éticos y jurídicos: es abiertamente contraria a la dignidad humana y no ofrece resultados científicos. La descongelación sin otra finalidad es legítima como mal menor en cuanto cese de un medio artificial de evitación de la muerte que, dadas las circunstancias, no es en interés del propio embrión, por eso la ley

⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 33.

⁵⁶ Cfr. HERRANZ, G., *El embrión... cit.*, cap. II y Pearson, H., "Your destiny from day one", *Nature*, Vol. 418, (04.07.2002), pp. 14-15.

exige que la progenitora haya dejado reunir los requisitos clínicos para la implantación.

La conclusión global es que la congelación de embriones es una operación ética y jurídicamente ilegítima, porque sitúa seres humanos bajo la vejatoria categoría de "sobrantes". De suyo, ningún ser humano sobra; la calificación de "sobrante" implica arrogarse la decisión sobre el valor de la vida de otro, quebrando el principio de igualdad. Esto es de tal relevancia que "no sólo suscita complicados interrogantes morales como hasta ahora, sino interrogantes de otra clase. Las respuestas conciernen a la autocomprensión ética del conjunto de la humanidad"⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. HERRANZ, J., *El futuro... cit.*, p. 27.